

DOCUMENTOS DE TRABAJO

14/2017

V Encuentro de Derecho Financiero y Tributario “El futuro del Impuesto sobre Sociedades” (3.ª parte)

CRISTINA GARCÍA-HERRERA BLANCO (coordinadora)

Instituto de Estudios Fiscales



La publicidad de la información país por país: nuevos mecanismos de lucha contra el fraude fiscal de las multinacionales

LUIS ALFONSO MARTÍNEZ GINER

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Alicante

I. Introducción. II. Contenido de la obligación de publicidad de la información país por país.
III. Consideraciones críticas.

I. INTRODUCCIÓN

Las nuevas tendencias en materia de transparencia están adquiriendo cada vez mayor relevancia, poniendo el acento en la transparencia pública como elemento necesario para mejorar la lucha contra el fraude fiscal a escala internacional.

Esta necesidad de fomentar la transparencia e incidir en la buena gobernanza en materia tributaria tiene como un objeto preferente la lucha contra planificaciones fiscales agresivas que tratan de eludir el pago de los impuestos de las multinacionales allí donde se han generado los beneficios.

La necesidad de reaccionar frente a tales estrategias fiscales agresivas y de conseguir una mayor transparencia que permita incentivar, sobre todo, a los grupos de empresa multinacionales a pagar de forma equitativa sus impuestos en el país donde realmente obtenga sus beneficios es el válido deseo que ha llevado a desarrollar un paso más en la estrategia de lucha contra el fraude fiscal a través de la transparencia y el intercambio automático de información en materia tributaria. La iniciativa más importante en este sentido ha sido la incorporada en la Acción 13 del plan *BEPS* de la OCDE y que parte de un triple enfoque que persigue en relación con la documentación de los precios de transferencia, facilitar a las Administraciones Tributarias información útil que puedan utilizar en la realización de una inspección exhaustiva sobre precios de transferencia¹. Para conseguir ese objetivo *BEPS* propone un triple nivel de documentación e información consistente en: (i) el archivo maestro (*master file*), que recoge información estandarizada correspondiente a todos los miembros del grupo multinacional; (ii) el archivo local que se refiere específicamente a las operaciones significativas del contribuyente local, y (iii) el informe país por país, que contiene cierta información acerca de la distribución mundial de los beneficios y los impuestos pagados, junto con determinados indicadores de la ubicación de la actividad económica dentro del grupo multinacional.

Es precisamente en este último aspecto en el que ponemos nuestra atención desde el momento en que es importante que la Administración Tributaria pueda obtener directamente o mediante intercambio, la información localizada más allá de las fronteras de su país.

¹ OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Action 13, 2015 Final Report. *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting*. Párrafo 5, pág. 12.

Y en este sentido la acción 13 BEPS de la OCDE ha sido reveladora por ser la primera en tratar esta cuestión incorporando además la necesidad del intercambio automático de la información país por país. La iniciativa se ha estructurado mediante una reforma del capítulo V de las *Transfer Pricing Guidelines on Documentation* y mediante la incorporación de una serie de anexos a este capítulo V, entre los que se encuentra el modelo de acuerdo multilateral sobre intercambio automático de información país por país. La UE ha seguido, sin ambages, el proyecto de la OCDE y ha aprobado en relativamente corto plazo², una modificación de la Directiva 2011/16/UE para incorporar el intercambio automático de la información país por país, mediante la Directiva 2016/881, de 25 de mayo³.

De acuerdo con el informe Final de la Acción 13 BEPS: “El informe país por país exige agregar información fiscal a nivel de cada jurisdicción en lo que respecta al reparto mundial de los beneficios y los impuestos pagados, así como ciertos indicadores de la localización de las actividades económicas en las jurisdicciones fiscales en las que opera el Grupo multinacional. El informe exige asimismo enumerar todas las Entidades Integrantes cuya información financiera se presente, haciendo constar la jurisdicción fiscal de constitución cuando fuera diferente de la jurisdicción fiscal de residencia y la naturaleza de las principales actividades económicas ejercidas por la Entidad Integrante⁴.”

El mecanismo de intercambio automático de la información país por país que ha configurado la OCDE a través de la acción 13 BEPS ha sido trasladado casi palabra por palabra al ámbito de la Unión Europea donde la Directiva 2016/881, de 25 de mayo de 2016 ha modificado la Directiva 2011/16 para incorporar un nuevo supuesto de intercambio automático de información.

La Directiva 2016/881 mantiene el mismo objetivo declarado por la OCDE que no es otro que potenciar la transparencia de los grupos de empresas multinacionales para profundizar en la lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de los beneficios. Si bien, la Directiva 2016/881 se ha aprobado con posterioridad al Informe final de la acción 13 BEPS, lo cierto es que esta iniciativa se debe enmarcar en el Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal de 6 de diciembre de 2012, en el que la Comisión destacó la necesidad de promover enérgicamente el intercambio automático de información como la norma europea e internacional de transparencia e intercambio de información en el ámbito fiscal para el futuro.

Esta medida debe ser completada con el análisis de otra iniciativa diferente pero con un alcance similar en cuanto al efecto buscado y que está causando una cierta crítica entre las multinacionales que operan en la Unión Europea. Me estoy refiriendo a la propuesta de 12 de abril de 2016 por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación relativa al impuesto sobre sociedades por parte de determinadas empresas filiales⁵. Como se deduce de lo

² La propuesta de Directiva que modifica la Directiva 2011/16 en este punto es de 12 de abril de 2016, (COM, 2016/198 final, y su aprobación en forma de Directiva 2016/881 se produce el 25 de mayo.

³ DOUE de 3 de junio de 2016.

⁴ OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Action 13, 2015 Final Report. *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting*. Párrafo 24, pág. 16.

⁵ COM 2016, 198 final de 12 de abril de 2016.

analizado en relación con la Directiva 2016/881 la información país por país intercambiada entre Estados no se hace pública y tiene por finalidad orientar sus inspecciones y garantizar el cumplimiento. Sin embargo la propuesta de modificación de la Directiva 2013/34 complementa a la Directiva 2011/161, puesto que lo que pretende es que las empresas multinacionales hagan públicas algunas de las informaciones presentadas a las autoridades tributarias al objeto de que pueda ser accesible para cualquier ciudadano. Esta medida pretende dotar de mayor transparencia para que pueda existir un control público sobre si un determinado impuesto se paga donde se ha generado el beneficio.

Los Estados miembros, una vez aprobada esta propuesta de Directiva, exigirán a tales empresas la redacción y publicación anuales de un informe referido a la tributación del impuesto de sociedades. Y ello porque en opinión de las autoridades de la Unión Europea los ciudadanos deben poder controlar todas las actividades de un grupo cuando este disponga de varios establecimientos en la Unión Europea. Se mantiene por parte de la Comisión que: “El aumento del control público del impuesto de sociedades abonado por empresas multinacionales que desempeñan actividades en la Unión es un elemento crucial para fomentar la responsabilidad empresarial, contribuir al bienestar a través del pago de impuestos, promover una competencia fiscal más leal en la Unión a través de un debate público mejor fundamentado y restaurar la confianza de los ciudadanos en la equidad de los sistemas tributarios nacionales. Tal control público puede lograrse mediante la presentación de informes referidos a la tributación del impuesto de sociedades, independientemente del lugar donde esté establecida la sociedad matriz última del grupo multinacional⁶.” En definitiva, la norma pretende que los ciudadanos puedan controlar todas las actividades de un grupo cuando disponga de varios establecimientos en la UE.

En definitiva se pretende mejorar la transparencia y el control público del impuesto sobre sociedades, adaptando el marco jurídico vigente relativo a las obligaciones impuestas a empresas y sociedades en lo que respecta a la publicación de informes⁷.

II. CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN DE PUBLICIDAD DE LA INFORMACIÓN PAÍS POR PAÍS

El ámbito subjetivo de aplicación de la propuesta de Directiva que analizamos es el mismo que aplica el proyecto *BEPS* y la Directiva 2016/881, esto es sociedades matrices de grupos cuyo volumen de negocios neto consolidado supere los 750.000.000 €⁸. Sobre la base de este umbral, la OCDE considera que únicamente entre un 10% y un 15% de las empresas multinacionales estarían obligadas a presentar el informe país por país, si bien el volumen de negocio de éstas representara aproximadamente el 90% del volumen de negocios de todas ellas. En este

⁶ Considerando 5 de la Propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información relativa al impuesto de sociedades por parte de determinadas empresas y filiales, COM 2016, 198 final de 12 de abril de 2016.

⁷ Considerando 12 de la Propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información relativa al impuesto de sociedades por parte de determinadas empresas y filiales, COM 2016, 198 final de 12 de abril de 2016.

⁸ Artículo 48 ter de la Directiva 2013/34/UE, según propuesta COM 2016, 198 final de 12 de abril de 2016.

sentido, hay que señalar que el Dictamen del Consejo Económico y Social Europeo ha recomendado revisar a la baja el límite cuantitativo que determina el ámbito subjetivo de aplicación de la medida⁹.

En cuanto al contenido de ese informe que se hará público, el denominado informe referido a la tributación del impuesto sobre sociedades, éste debe facilitar información relativa a todas las actividades de la empresa o de todas las empresas ligadas de un grupo controlado por una sociedad matriz última. La información debe basarse en las especificaciones para la elaboración del informe de la acción 13 del *BEPS* y limitarse a lo necesario para permitir un control público efectivo, al objeto de velar por que la divulgación no dé lugar a riesgos o inconvenientes desproporcionados. El informe debe incluir asimismo una breve descripción de la naturaleza de las actividades. Dicha descripción podría basarse en las categorías expuestas en el cuadro 2 del anexo III del capítulo V de las Orientaciones relativas a la documentación sobre precios de transferencia de la OCDE. El informe debe incluir una exposición general que explique los casos de discrepancias importantes a nivel de grupo entre los importes de los impuestos devengados y los de los impuestos pagados, teniendo en cuenta los importes correspondientes a ejercicios anteriores. Además para garantizar una mejor evaluación de la información por parte de los ciudadanos, la información debe desglosarse por Estado miembro¹⁰. En todo caso, no se trata de una información coincidente en su totalidad a la establecida por la Directiva 2016/881 en relación con el informe país por país a intercambiar automáticamente, puesto que hay parte de esa información que no se habría pública como la información agregada relativa al importe de los ingresos, el capital declarado, los resultados no distribuidos, o los activos materiales distintos del efectivo y equivalentes de efectivo con respecto a cada territorio en el que opere el grupo de empresas

⁹ ECO/407, EESC-2016-02391-00-00-AC-TRA, Public Tax Transparency, de 21 de septiembre de 2016). Publicado en el *Diario de la Unión Europea* de 28 de diciembre de 2016, C-487. Apartado 1.11: “El CESE estima que el umbral de 750 millones EUR es demasiado alto y pide que se revise a la baja, o bien que se prevea un calendario para reducirlo de forma progresiva”. Apartado 3.3: “La propuesta de Directiva excluye de su ámbito de aplicación entre el 85% y el 90% de las empresas multinacionales al fijar un umbral de 750 millones EUR a partir del cual es obligatorio presentar un IPP. El CESE considera que ese umbral es demasiado alto y discriminatorio. En efecto, al dejar a la mayoría de las empresas multinacionales fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, pueden reducirse los efectos esperados de su aplicación”.

¹⁰ Así se establece en el propuesto artículo 48 *quater* de la Directiva 2013/34/UE, cuando establece que el contenido del informe referido a la tributación del impuesto sobre sociedades contendrá los siguientes datos:

- a) una breve descripción de la naturaleza de las actividades;
- b) el número de empleados;
- c) el importe del volumen de negocios neto, incluido el relativo a las partes vinculadas;
- d) el importe de los beneficios o las pérdidas antes del impuesto de sociedades;
- e) el importe del impuesto de sociedades devengado (durante el ejercicio en curso), es decir, los gastos fiscales corrientes reconocidos sobre los beneficios o pérdidas imponibles del ejercicio por las empresas y sucursales residentes a efectos fiscales en la jurisdicción fiscal pertinente;
- f) el importe del impuesto de sociedades abonado, es decir, el importe de los impuestos abonados durante el ejercicio de que se trate por las empresas y sucursales residentes a efectos fiscales en la jurisdicción fiscal pertinente, y
- g) el importe de las ganancias acumuladas.

multinacionales¹¹. Además el segundo grupo de información relativa a la composición y residencia de los miembros del grupo tampoco sería objeto de publicidad a la luz de la norma proyectada. Puede afirmarse que la información relativa al impuesto sobre sociedades que se publicara a la luz de esta reforma es menos detallada en términos tributarios que la información que se facilita confidencialmente a las autoridades tributarias en virtud del informe país por país contemplado en la Directiva 2016/881.

El informe consolidado referido a la tributación del impuesto de sociedades se publicará en un registro mercantil, con el objetivo de garantizar la seguridad y la disponibilidad a lo largo del tiempo. Por otra parte, ya que el objeto de la presente iniciativa consiste en permitir el control público, tales informes también se ofrecerán al público en los diferentes sitios web de las empresas o del grupo. Para que sea posible efectuar comparaciones temporales, los informes permanecerán accesibles en los sitios web durante al menos cinco años consecutivos¹².

Tanto la Directiva 2016/881 como la propuesta de modificación de la Directiva 2013/34 presentan medidas que pueden considerarse como complementarias, con finalidades diferentes pero concurrentes en su objetivo remoto. En el fondo podemos convenir que con la modificación de la Directiva 2011/16 “nos encontramos ante el hecho cierto de que una recomendación –esto es un estándar mínimo aprobado por la OCDE– se convierta a través de la citada Directiva en *hard law* y norma de obligado cumplimiento en el ámbito comunitario¹³”. Por otro lado, se ha manifestado parte de la doctrina críticamente al considerar que esta medida del intercambio de información país por país “puede producir la tentación de que una Administración tributaria trate de utilizar la vía de hecho para gravar cualquier creación de valor identificada en su territorio por tal información¹⁴”.

Igualmente y valorando la necesidad de una mayor publicidad de la información país por país la *Tax Justice Network* se ha pronunciado manifestando que las dos objeciones que se han puesto a la publicidad de la información país por país resultan totalmente injustificadas. Así, consideran que ni el argumento de que este sistema genera perjuicios a los intereses de las sociedades que desvelan sus datos comerciales sensibles, ni el argumento de que si la información no se encuentra estandarizada sería difícilmente comprensible, son objeciones insalvables que puedan

¹¹ De hecho el informe del Consejo Económico y social Europeo ha considerado necesario revisar este contenido del informe incorporando además otra información añadida más acorde con la considerada por la OCDE en la acción 13 *BEPS*. Apartado 3.5: “Del mismo modo, para que la aplicación de la Directiva conduzca a los resultados esperados, la lista de los datos que deben declararse, previstos en el artículo citado, debería incluir también los datos relativos a los activos y las ventas de la empresa, así como la lista de todas sus filiales o sucursales, tal como recomienda la norma *BEPS* de la OCDE”. Publicado en el Diario de la Unión Europea de 28 de diciembre de 2016, C-487.

¹² Artículo 48 *ter*.1, 48 *ter*.4, 48 *quater*.5, y 48 *quinquies* de la Directiva 2013/34 en su redacción planteada por la Propuesta de modificación COM 2016, 198 de 12 de abril de 2016.

¹³ CARMONA FERNÁNDEZ, N.: “Intercambio automático de información fiscal (país por país) entre Estados miembros de la Unión Europea”, *Carta Tributaria*, n.º 14, 2016, pág. 35

¹⁴ CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ: “El plan de acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones, *BEPS*: ¿El final, el principio del final o el final del principio?”, *Quincena Fiscal* n.º 1-2, 2014.

desmontar las bondades del sistema. Al contrario, cada vez más la sociedad reclama el derecho a saber qué multinacionales operan en su territorio, qué es lo que hacen y como contribuyen al bienestar de la sociedad. La información país por país y su intercambio es esencial para que el mercado global rinda cuentas localmente¹⁵.

Podemos afirmar que recientes casos con relevancia pública como *Lux Leaks* han mostrado la escasa tolerancia pública hacia estrategias de elusión fiscal transfronteriza de las multinacionales. Un régimen jurídico de publicidad tal y como establece la propuesta de Directiva que comentamos, significaría que las multinacionales deberían ser capaces de defender públicamente sus estrategias de planificación fiscal. Sin embargo permitir la disponibilidad de la información solo para las Administraciones tributarias significaría que es probable que las multinacionales sólo tengan que defender los esquemas más flagrantes. Es evidente que el efecto disuasorio es más poderoso cuando hay un escrutinio público¹⁶.

En este sentido hay que hacer referencia a los resultados de la consulta pública sobre los efectos sobre la transparencia en los impuestos sobre la renta de las sociedades de estas medidas¹⁷. Según esta consulta pública resulta revelador la diferente opinión manifestada por las multinacionales-sociedades, frente a la opinión que ha manifestado las ONG y los individuos en particular. Así, se dice que aunque la mayoría de las sociedades y multinacionales encuestadas consideran que no es necesario ningún cambio para fortalecer la transparencia, o que la UE debe confiar en iniciativas internacionales, hay, por el contrario, un apoyo rotundo de las organizaciones de la sociedad civil a que la UE tome la iniciativa y lidere las estrategias en este esfuerzo global hacia una mayor transparencia en el impuesto sobre sociedades de las multinacionales que operan en la UE. Un asombroso 96% de las ONG y sindicatos encuestados cree que la UE debería estar a la vanguardia y posiblemente ir más allá que *BEPS* en relación con el informe país por país y ampliar mucho más los requisitos actuales de divulgación y publicidad de la información. Una abrumadora mayoría (88%) de los individuos, personas físicas, declaró lo mismo.

Resulta interesante profundizar un poco más en la opinión de los operadores jurídicos en relación con el objetivo de la publicidad de la información relativa al impuesto sobre sociedades. Así las asociaciones empresariales e industriales consideran mayoritariamente que la publicidad de esa información no ayudará a conseguir el objetivo declarado de conseguir que las empresas paguen sus impuestos allí donde se obtenga el beneficio y exista una competencia más justa entre multinacionales y pequeñas y medianas empresas. Se dice que una divulgación pública de la información relacionada con los impuestos distorsionaría la competencia entre las multinacio-

¹⁵ MURPHY, R.: "Country by Country Reporting", en *Tax Justice Focus, The CbC Reporting issue*, vol. 9, n.º 1, 2014.

¹⁶ De hecho el Comité Económico y Social Europeo en sus recomendaciones de 21 de septiembre de 2016 ha considerado que para cumplir con el objetivo de una política que logre una mayor transparencia con respecto a la tributación de las sociedades, ha recomendado el establecimiento de un registro público nacional administrado por las autoridades tributarias de los Estados miembros para que el informe país por país sea pública y libremente accesible. (ECO/407, EESC-2016-02391-00-00-AC-TRA, *Public Tax Transparency*, de 21 de septiembre de 2016). Publicado en el Diario de la Unión Europea de 28 de diciembre de 2016, C-487.

¹⁷ Brussels, 20th January 2016, FISMA/B3 *Factual Summary of the responses to the public consultation on assessing the potential for further transparency on corporate income taxes*.

nales y las PYME y sería perjudicial para el objetivo de alinear los beneficios con la actividad económica¹⁸. Por el contrario, en opinión de las ONGs y sindicatos, la divulgación pública de información relacionada con los impuestos contribuiría a los objetivos mencionados de la UE y la aplicación de *BEPS* a nivel de la UE ayudaría a las autoridades fiscales a orientar sus inspecciones a las empresas. Finalmente hay un apoyo incontestable y casi unánime entre los particulares a que la revelación pública de la información sobre el impuesto sobre sociedades de las multinacionales es un elemento esencial que permitirá la consecución de los objetivos de lucha contra el fraude fiscal de la UE.

Hay un acuerdo unánime entre las empresas de que una divulgación pública tendría muchos más riesgos y pondría en peligro muchos más elementos, en lugar de traer beneficios a la UE. Los riesgos más destacados que se han puesto de manifiesto incluyen: la exposición pública de la estrategia empresarial de las empresas de la UE; la distorsión de la competencia socavando el éxito de las multinacionales europeas, especialmente frente a las empresas estadounidenses; la pérdida de ingresos fiscales para los Estados miembros; un deterioro de las relaciones entre Europa y las administraciones fiscales de terceros países; o posibles daños a la reputación de las empresas europeas, ya que la publicación de datos en bruto puede dar lugar a interpretaciones erróneas. Estos argumentos han reforzado la opinión de que la divulgación pública de información tributaria sensible a los competidores plantearía riesgos inherentes al crecimiento y a la inversión a largo plazo en la UE.

III. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Considero que resulta necesario detenerse y valorar críticamente la controvertida medida propuesta referente a la publicidad de los informes país por país de las multinacionales¹⁹. Según la Exposición de motivos de la propuesta que comentamos, solo se divulgará la información que sea necesaria y suficiente para cumplir los objetivos declarados de esta iniciativa, a saber: la naturaleza de las actividades, el número de personas empleadas, el volumen de negocios neto (incluido el relativo a las partes vinculadas), los beneficios antes de impuestos, el importe del impuesto de sociedades adeudado en el país por los beneficios obtenidos durante el ejercicio en curso, los pagos efectivos abonados a la Hacienda del país durante tal ejercicio y el importe de las ganancias acumuladas. Asimismo y con el fin de garantizar un grado de detalle que permita a los ciudadanos evaluar mejor la forma en que las Empresas multinacionales contribuyen al bienestar en cada Estado miembro, la información debe desglosarse por Estado miembro.

Ya en su resolución de 16 de diciembre de 2015, sobre el aumento de la transparencia, la coordinación y la convergencia en las políticas de tributación de las sociedades en la Unión, el Parlamento Europeo, reconoció que el aumento de la transparencia en el ámbito de la tributación de

¹⁸ Brussels, 20th January 2016, FISMA/B3 *Factual Summary of the responses to the public consultation on assessing the potential for further transparency on corporate income taxes*, pág. 11.

¹⁹ COM(2016) 198 final de 12 de abril de 2016, Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información relativa al impuesto de sociedades por parte de determinadas empresas y filiales.

las sociedades puede mejorar la recaudación tributaria, hacer que el trabajo de las autoridades fiscales sea más eficiente y aumentar la confianza de la ciudadanía en los sistemas fiscales y los Gobiernos.

En mi opinión resulta cuestionable mantener que la publicidad de esa información es un elemento que posibilita la lucha contra el fraude fiscal o mejora la recaudación. Considero que el hecho de dar accesibilidad a la información sensible relativa al impuesto sobre sociedades de las multinacionales en nada favorece o fomenta una mayor recaudación o una mejora en la lucha contra la evasión o elusión fiscal. Esa tarea de mejora de la recaudación compete únicamente a las autoridades tributarias de cada país, sin que sus ciudadanos dispongan de ningún mecanismo para colaborar en tales menesteres.

La propuesta de modificación de la Directiva 2013/34/UE tiene por objeto mejorar la transparencia y el control público del impuesto de sociedades, adaptando el marco jurídico vigente relativo a las obligaciones impuestas a empresas y sociedades en lo que respecta a la publicación de informes, con el fin de proteger los intereses de socios y terceros. De nuevo considero que el válido objetivo de la norma propuesta se ve desbordado con la regulación y el ámbito de la publicidad tan amplio que establece –manteniendo esa publicidad hasta cinco años en la web del grupo empresarial–²⁰. Esa publicidad se nos antoja excesiva y carente de un sentido práctico y efectivo, justificándose en mi opinión en la exposición pública de una información a los efectos de dar acceso a los ciudadanos a unas funciones que son propias de los órganos y autoridades tributarias de cada Estado.

En cuanto al contenido de la información que se ha de publicitar, tal y como hemos explicado anteriormente, se trata de una información demasiado detallada que puede afectar a la libre competencia entre empresas. En mi opinión, la libre competencia entre empresas y el principio de proporcionalidad es el elemento esencial que debe analizarse para valorar esta medida de publicidad, desde el momento en el que las personas jurídicas quedan al margen de la aplicación de la normativa sobre protección de datos, aplicable exclusivamente a personas físicas.

La transparencia hacia los ciudadanos –de la que habla la Exposición de motivos de la norma propuesta– tiene un efecto distorsionador y en mi opinión no se coherencia con la finalidad última de la norma que es la de luchar contra la evasión y elusión fiscal. Al ciudadano no le interesa esa información que incluso no le sirve de nada, más allá de tener un conocimiento sobre aspectos internos de funcionamiento de las multinacionales. La confidencialidad de la información publicitada que es –sin ninguna duda– sensible, queda en entredicho. Más allá de las autoridades fiscales de los Estados miembros, considero que no es necesario un control ciudadano sobre aspectos que quedan fuera de su ámbito de control. Este tipo de medidas da pie a conductas de búsqueda de información sensible por parte de los ciudadanos que nada tiene que ver con la finalidad de lucha contra la evasión y elusión fiscal. Los ciudadanos no son capaces de valorar si algunos beneficios de las empresas han sido transferidos fuera de la UE, y aún más, aunque

²⁰ El artículo 48 *quater* de la propuesta COM 2016, 198 final, establece que el informe debe permanecer en la web del grupo empresarial cinco años, lo cual excede el propio plazo de prescripción nacional previsto en la Ley General Tributaria, careciendo de efectos una publicidad por encima del plazo de prescripción tributaria.

puedan tener una opinión sobre el cumplimiento fiscal de las multinacionales, serán en todo caso las autoridades fiscales de cada Estado las que deben actuar.

La norma propuesta establece que en ningún caso se publicará información comercial confidencial. En mi opinión este deseo bienintencionado del legislador, resulta poco realizable desde el momento en que se publica el número de empleados, e impuesto pagado, beneficios, pérdidas..., eso en mi opinión es claramente información confidencial. No creo que con esta propuesta se consiga promover la competencia más libre y leal entre empresas con independencia del volumen de negocios, tal y como señala el propio texto; antes al contrario la publicidad de esa información puede ser utilizada por otros competidores con fines espurios que pudieran distorsionar una leal competencia empresarial.

Coincidimos con el objetivo declarado por la Comisión en múltiples ocasiones relativo al hecho de que la transparencia es un elemento esencial en la lucha contra la evasión y elusión fiscal. Ahora bien, el nuevo concepto que introduce esta propuesta es el de transparencia pública; en mi opinión ese concepto no consigue alcanzar el objetivo de la lucha contra conductas elusivas. El hecho de poner un apellido a la transparencia –transparencia *pública*– no añade nada al propio concepto de transparencia en relación con su objetivo de mejorar la recaudación de los Estados y conducir a éstos por la senda del buen gobierno en el ámbito tributario.

En último término podemos plantearnos si debe haber un escrutinio público sobre los impuestos pagados por los contribuyentes, que es lo que parece que persigue la norma propuesta. Por mi parte, considero que las normas tributarias deben tener otros destinatarios y perseguir de manera eficaz el fraude fiscal.

A la luz de lo analizado, considero que con la medida propuesta parece que se invierte la carga de la prueba, de tal manera que serán los contribuyentes –las compañías multinacionales– las que han de demostrar que pagan sus impuestos allí donde obtienen los beneficios y operan. En mi opinión, esa es y debería ser la labor de las autoridades fiscales. El proceso de autoliquidación y posterior comprobación administrativa parece que se invierte con esta medida de publicidad, estableciendo instrumentos que obligan al contribuyente a demostrar que no eluden el pago de tributos. Y aun cuando pudieran establecerse normas coactivas en un sentido similar, lo que de ningún modo parece acorde con la finalidad de lucha contra la elusión y evasión fiscal, es que esa información deba hacerse pública ante toda la ciudadanía.

En todo caso, coincidimos en que debe fomentarse la responsabilidad de las empresas en el pago de tributos y que contribuyan al bienestar de la sociedad de la manera más justa, pero ese bienintencionado deseo no puede llevarse a cabo por encima de otros principios como el de confidencialidad y proporcionalidad.

Por otro lado y en relación con la intención declarada de conseguir un debate democrático mejor informado por parte de los ciudadanos sobre las medidas tributarias y la política fiscal a llevar a cabo es algo positivo, pero eso no puede ser una finalidad en sí misma, sino que debe servir para algo, y es obvio que la política tributaria queda en mano de las autoridades tributarias de los Estados; por ello considero que conseguir una opinión pública mejor informada para el debate de-

mocrático es algo secundario, que debe ceder frente a la confidencialidad de la información y la libre competencia. En todo caso, es evidente que esta medida puede ser útil para detectar lagunas y desajustes entre sistemas tributarios, lo cual puede ser una buena finalidad que debe circunscribirse al ámbito de las autoridades tributarias de los Estados.

España se ha adelantado a todo este proceso mediante la aprobación del Real Decreto 634/2015 que establece el Reglamento del impuesto sobre Sociedades²¹. En su artículo 13 se refiere a las entidades que están obligadas a realizar el informe país por país mientras que en su artículo 14 se establece la obligación de realizar el informe país por país. Además, recientemente se ha publicado la norma que establece el modelo 231 de declaración de la información país por país²². La Comisión Europea ya advirtió de que los Estados miembros que hubieran implementado el informe país por país derivado de *BEPS* antes de la aprobación de la Directiva, deberían haberlo hecho de manera que no difiriera mucho de lo establecido en la propia Directiva y de forma coherente y suficientemente coordinada. De hecho la propia Directiva constituye la implementación en la Unión Europea del informe país por país. De otra forma si no fuera así, se correría el riesgo de que aparecieran conflictos entre las políticas nacionales y por consiguiente surgieran obstáculos en el mercado interior, generando desajustes y otros falseamientos²³.

Resulta evidente que la opinión pública cada vez está más sensibilizada ante asuntos relativos a la evasión fiscal o a la planificación fiscal agresiva. Ello ha servido para que, las multinacionales tengan que dar cada vez más información económica y tributaria. El intercambio automático de la información país por país no es sino un paso más en la consecución de la transparencia que ayudará inevitablemente a conseguir una tributación más justa de las multinacionales, que tendrán más dificultades para llevar a cabo en este nuevo campo de juego sus regates fiscales.

Recientemente, el Gobierno del Reino Unido ha aceptado una enmienda de fondo a la *Finance Bill* 2016, que otorga al Tesoro de *Her Majesty*, facultades para introducir la publicidad del informe país, por país (*CBCR*). La enmienda permite, pero no obliga, a la Hacienda del Reino Unido, llevar a cabo regulaciones normativas para requerir a grupos incluir el informe país por país en su estrategia fiscal colectiva publicada. Así, el 15 de septiembre de 2016, se introdujo una enmienda al proyecto de ley en la Ley de Finanzas 2016 sobre la Publicación de Estrategias Fiscales. En particular esta enmienda se introdujo y se adopta en el apéndice 19, párrafo 17 de la mencionada Ley. Esa norma establece que, “el Tesoro puede por reglamento exigir que la estrategia tributaria de grupo incluya un informe país por país”. En definitiva, lo que la norma permite es que dentro del ámbito de la publicidad de las estrategias fiscales de las multinacionales que operan en el Reino Unido, pueda publicarse igualmente la información propia del informe país por país.

²¹ La normativa española refleja los requerimientos y recomendaciones de la OCDE expresados en la Acción 13 *BEPS* (RODRÍGUEZ; FOX, y COOPER: “Spain adopts Country by Country Reporting”, *Tax Planning International Review*, vol. 42, n.º 9, septiembre 2015, pág. 18).

²² BOE de 30 de diciembre de 2016.

²³ Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva que modifica la Directiva 2011/16 en lo que respecta al intercambio automático obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad. COM (2016), 25 final, de 28 de enero de 2016.

Según el apéndice 19 de la *Finance Act 2016*, se establece en su párrafo 16 que “el jefe del grupo debe asegurarse de que la preparación y publicidad en nombre del grupo de la estrategia tributaria colectiva para el grupo que contiene la información requerida por el párrafo 17”. Además la estrategia tributaria colectiva deberá publicarse antes del final del ejercicio en curso. La estrategia fiscal colectiva debe ser publicada en *Internet* por cualquiera de las empresas británicas que sean miembros del grupo para que sean accesibles al público de forma gratuita (independientemente de que se publique o no de otra forma), y puede publicarse como documento separado o como parte autónoma de un documento más amplio. Por otro lado, el jefe del grupo debe asegurarse de que la estrategia fiscal colectiva publicada en Internet siga siendo accesible al público de forma gratuita.

Esta medida pone de manifiesto la inevitable tendencia de profundizar en la transparencia pública y en la publicidad de la información del impuesto sobre sociedades en el ámbito europeo.

No obstante una reciente decisión del Consejo Constitucional de Francia sobre la publicidad del informe país por país ha puesto en entredicho todo el entramado de la transparencia pública sobre la base del derecho nacional. Así, en el control previo de constitucionalidad, la Decisión n.º 2016-741 de 8 de diciembre de 2016 del Consejo Constitucional francés ha declarado contrarios a la Constitución algunos preceptos de la ley relativa a la transparencia, a la lucha contra la corrupción y la modernización de la vida económica.

El proyecto de ley analizado por el Consejo Constitucional francés establecía en su artículo 137 que las sociedades que elaboren cuentas consolidadas, cuyo volumen de negocios fuera más de 750 millones deben unir al informe mencionado en los artículos L. 225-100, L. 225-102, L. 225-102-1 y L. 233-26 del Código de Comercio, un informe público anual sobre el impuesto sobre la renta a la que están sujetos, en los términos y condiciones establecidos en ese mismo artículo. La información que según el proyecto de ley sobre transparencia francesa debía incluir ese informe público sobre el impuesto sobre sociedades era: una breve descripción de la naturaleza de las actividades; el número de empleados; el importe de las ventas netas; el importe de los ingresos antes de impuestos sobre la renta; la cantidad de impuesto sobre la renta para el año en curso, con exclusión de los impuestos diferidos y las provisiones que se hayan hecho respecto del gasto por impuestos inciertos; el importe del impuesto pagado en los beneficios, con una explicación de cualquier discrepancia con la cantidad de impuesto debido, en su caso, teniendo en cuenta las cantidades correspondientes a los ejercicios anteriores; el importe de las ganancias acumuladas.

El Consejo Constitucional francés en su párrafo 103 ha señalado de manera contundente que la exigencia de algunas empresas de publicar sus indicadores económicos y fiscales relativos a la información país por país, es de tal relevancia que es probable que permita al conjunto de los operadores económicos que intervienen en los mercados en los que se ejercen estas actividades, y especialmente a sus competidores, identificar los elementos esenciales de su estrategia industrial y comercial. Por ello, esta obligación referida a la libertad de emprendimiento supone una intervención manifiestamente desproporcionada a la luz del objetivo perseguido. Por lo tanto, sin la necesidad de examinar la otra queja, el párrafo I del artículo 137 de la referida Ley es inconstitucional. Lo mismo es cierto en el resto de este artículo, que es inseparable.

Por ello, en la Ley relativa a la transparencia, a la lucha contra la corrupción y la modernización de la vida económica de 9 de diciembre de 2016, publicada en el diario oficial de 10 de diciembre de 2016, se establece expresamente que las disposiciones del artículo 137 han sido declaradas no conformes con la Constitución francesa.

Como conclusión podemos señalar que la nueva estrategia que en el ámbito de la Unión Europea está desarrollándose hacia el nuevo concepto de la transparencia pública, supone dar un paso más frente a las medidas propias del proyecto *BEPS* de la OCDE que abogan por la transparencia y por la evitación de pérdidas recaudatorias o erosión de bases imponibles. La publicidad del informe sobre el impuesto sobre sociedades que se propone imponer a las multinacionales en la Unión Europea supone una diferenciación en relación con la transparencia propia que impone el *country by country report*. Algunos Estados han iniciado la regulación interna de estas medidas de publicidad de información tributaria relevante de las multinacionales. No obstante las dudas que este tipo de medidas de publicidad plantea en términos de libre competencia, permite una interpretación crítica de la medida que deberá ser analizada por los órganos jurisdiccionales. En mi opinión, no parece que la lucha contra el fraude fiscal de las multinacionales pueda justificar un control por parte de los ciudadanos sobre una información, que por otro lado, no siempre estarán en condiciones de interpretar. Asistimos, pues, a la implantación de una nueva estrategia de transparencia pública en la Unión Europea, que se desarrollará en el corto plazo y que deberá ser analizada críticamente.